

CAPITOLO

La litispendenza

I

1.1 Nozione

L'istituto della litispendenza dev'essere esaminato, innanzitutto, da un punto di vista etimologico: infatti, storicamente, sono due le accezioni che vengono ascritte a tale termine: in particolare, per citare alcuni autori¹, nella sua nozione in senso ampio, il termine "litispendenza" è utilizzato per indicare la semplice pendenza della lite dinnanzi ad un giudice, ovvero sia "*la situazione che si verifica tra la proposizione della domanda giudiziale ed il passaggio in giudicato formale della sentenza che chiude il processo*"², non altro che "*una lite nella pienezza dei suoi effetti*"³; ma, al fine di comprendere la quintessenza dell'art. 39 c.p.c, rubricato "*litispendenza e*

¹V. COLESANTI, *Litispendenza* in *Nss. D.I.*, IX, 1963, 976 e 982

²F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2007, I, 193

³G. CHIOVENDA, Sulla <<perpetuatio iurisdictionis>>, in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, I, 296

continenza di cause”, è alla luce del suo significato “patologico”⁴, ossia della sua nozione in senso stretto, -peraltro l’unica offerta ed affrontata dal c.p.c- che quest’ultimo deve essere analizzato. Va preliminarmente rilevato, tuttavia, che parte della dottrina ritiene l’ipotesi di cui all’art. 39 c.p.c. che, per come già esposto, è l’unica effettivamente disciplinata, solamente uno degli effetti processuali della litispendenza intesa in senso ampio, ed è pertanto solo dall’indagine di quest’ultima che può essere ben compreso il significato della prima.⁵ La norma, al primo comma, dispone: “*Se una stessa causa è proposta davanti a giudici diversi, quello successivamente adito, in qualunque stato e grado del processo, anche d'ufficio, dichiara con ordinanza la litispendenza e dispone la cancellazione della causa dal ruolo*”.

⁴L. MONTESANO, G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2002, I, 368

⁵G. COLESANTI, *op. cit.*, 980.

Il fenomeno cui l'art. 39 c.p.c allude, difatti, è evidente già da una prima lettura della disposizione, laddove questa, facendo riferimento alla "stessa causa", presuppone, certamente, il requisito della medesimezza, dinnanzi a diversi uffici giudiziari, di più cause: ed ecco, allora, che ben si comprende il motivo per il quale la prima delle accezioni sopra considerate non sarebbe esauriente per spiegare il contenuto normativo offerto dall'art. 39 in esame, facendo, quella, riferimento, alla esistenza, sul piano spazio-temporale di un unico giudizio, e questo alla contemporanea esistenza di più di una causa vertente sul medesimo oggetto ed al cospetto di differenti giudici.

1.2 Indagine storica

La disposizione originaria contenuta all'interno del Codice del 1942 recitava: "*Se una stessa causa è proposta davanti a giudici diversi, quello successivamente adito, in qualunque stato e grado del processo, anche d'ufficio, dichiara con sentenza la litispendenza e dispone con ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo. [...] La prevenzione è determinata dalla notificazione della citazione*".

Muovendo dall'ultimo comma, la norma presentava una evidente lacuna: difatti, antecedentemente alle modificazioni apportate dalla l. 18 giugno 2009, l'art. 39 c.p.c. non teneva in considerazione l'ipotesi in cui uno od entrambi i giudizi promossi dalle parti originassero da ricorsi e non, invece, da atti di citazione.

Più precisamente, risultava difficoltosa l'individuazione del *dies a quo* ai fini della determinazione della causa che per prima era stata proposta, e dunque dell'applicazione del criterio della prevenzione (su cui *infra*, Cap. II); inoltre, se in riferimento agli effetti processuali era pacifico che questi si producessero al momento del deposito del ricorso, come chiarito dalla Suprema Corte, secondo cui è con il deposito del ricorso nella cancelleria del giudice che “*s’instaura il rapporto tra due dei tre soggetti tra*

i quali si svolge il giudizio”⁶, sorgevano dubbi in capo agli effetti sostanziali che, a detta di parte della dottrina⁷, non potevano “*venire in essere, se non in base ad un atto recettizio [...] diretto alla controparte [...]*”, e dunque solamente con la avvenuta ricezione, da parte del resistente, del ricorso e del pedissequo provvedimento di fissazione dell’udienza di comparizione. Ebbene, a chiarire ogni dubbio è intervenuta la Novella del 2009, a seguito della quale è stato modificato il terzo comma all’art. 39 in esame, che oggi così prevede: “*la prevenzione è determinata dalla notificazione della citazione ovvero dal deposito del ricorso*”. Con tale precisazione il legislatore della riforma ha sopperito alla lacuna che caratterizzava precedentemente la norma.

⁶Cass., 10 marzo 1990, n. 1945, 11 maggio 1992, n. 5597 in *Pluris*
⁷L. MONTESANO, G. ARIETA, *op. cit.*, Padova, 2002, I, 370

Altro aspetto modificato dalla Novella del 2009 è quello inerente la forma del provvedimento dichiarativo, da parte del giudice, della litispendenza, dapprima previsto nella forma della sentenza, ed oggi esclusivamente in quello dell'ordinanza. La previsione normativa, introdotta dalla riforma, secondo la quale la litispendenza deve essere dichiarata con ordinanza, anziché con sentenza, risponde al principio che informa l'intero impianto della novella, volto a favorire lo snellimento delle dinamiche di definizione delle cause; le modifiche normative introdotte dalla L. 69/09, infatti, sono state concepite allo scopo di agevolare l'attività dei giudici, nella specie, in sede decisoria.

1.3 Ratio legis

Tra le *rationes* dell'istituto della litispendenza una appare lampante: in primo luogo, essa risiede in un generale rifiuto, da parte dell'ordinamento, di tollerare “*possibili giudicati contrastanti sulla medesima azione, più precisamente su richieste di tutela in tutto identiche di un identico diritto o rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio*”⁸, a tutela altresì del principio del *ne bis in idem*, di matrice processualpenalistica, ma oramai sempre più applicato, *mutatis mutandis*, al diritto processuale civile⁹. In particolare, detto principio è strettamente correlato al concetto all'esaurimento dei mezzi di impugnazione di cui all'art. 324 c.p.c., il quale recita: “*si intende passata in*

⁸L. MONTESANO, G. ARIETA, *op. cit.*, 370

⁹V. ANDRIOLI, *Il principio del <<ne bis in idem>> e la dottrina del processo*, in *Annali Triestini*, 1941, 271 ss.

giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395"; ebbene, dal momento che, ai sensi dell'art. 2909 c.c. la cosa giudicata "*fa stato ad ogni effetto* tra le parti, i loro eredi o aventi causa", ne discende, per esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche, il divieto, in capo a qualsiasi giudice, di pronunciarsi nuovamente sull'oggetto del provvedimento trascorso in giudicato¹⁰. Non solo: ove il giudice ravvisasse la riproposizione della medesima questione, avrebbe l'obbligo, attivo, di effettuare, *in primis*, un giudizio diagnostico di identificazione tra gli oggetti e le cause, e, qualora tale giudizio risultasse positivo, pronunciare, d'ufficio od a seguito di proposizione di eccezione di litispendenza (*infra*, cap. III),

¹⁰S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 1988, 33